

Actualizar la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos de servicios digitales ¹

CONCLUSIONES PRINCIPALES

En el presente estudio se analizan las cláusulas comunes en los contratos de los proveedores de servicios digitales, indicando cuándo podrían distorsionar de manera significativa el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en detrimento de los consumidores y, por tanto, deberían incidir en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos. Por otra parte, en el estudio se examinan las particularidades de la evaluación de la transparencia en línea de los términos aplicados por los proveedores de servicios digitales y las sanciones a las que podrían enfrentarse si incumplen el marco actual de protección de los consumidores. Se formulan recomendaciones para mejorar la eficacia de este marco mediante: la adopción de una lista negra y gris de cláusulas abusivas, el refuerzo de las sanciones actuales, y la introducción de nuevas obligaciones para los proveedores de servicios digitales.

Contexto

La Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos (DCAC) se adoptó en 1993 antes de que los servicios digitales se generalizaran en la sociedad moderna y de que los macrodatos exacerbaran aún más el desequilibrio contractual entre los proveedores de servicios digitales (PSD) y los consumidores. Los servicios digitales se definen en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva sobre modernización (DM) como aquellos que permiten al consumidor crear, procesar, almacenar o acceder a datos en formato digital, o que permiten compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos. Se trata, por tanto, de servicios a los que se accede y que se prestan en el entorno en línea.

Dado que la DCAC es una directiva de armonización mínima y que los PSD suelen prestar sus servicios de manera transfronteriza, puede que el marco europeo vigente contra las cláusulas contractuales abusivas no constituya una herramienta eficaz de protección de los consumidores cuando estos celebran contratos con PSD. Como resultado de que los Estados miembros ofrecen a los consumidores más protección de la prevista en la DCAC, los PSD pueden enfrentarse a una evaluación diferente de la falta de equidad en los distintos Estados miembros, lo que genera unas condiciones de competencia desiguales para dichos proveedores. La complejidad y diversidad de las normas nacionales relativas a las cláusulas abusivas puede dificultar asimismo la ejecución de la DCAC para las agencias nacionales y transfronterizas encargadas de velar por el cumplimiento de la normativa y las organizaciones de consumidores.

¹ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/676006/IPOL_STU\(2021\)676006_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/676006/IPOL_STU(2021)676006_EN.pdf)



Dado que el marco de la DCAC se desarrolló para el mundo «fuera de línea», el presente estudio examina si es necesario modificar la Directiva con el fin, por un lado, de mejorar la protección de los consumidores en línea frente a las cláusulas contractuales abusivas de los PSD y, por otro lado, de proporcionar más seguridad jurídica a estos proveedores en cuanto a qué términos y condiciones se consideran justos.

Objetivo

A pesar de los intentos previos de revisión del marco de la DCAC, por ejemplo, durante los trabajos relativos a la Directiva sobre los derechos de los consumidores (DDC), la primera modificación de la misma se introdujo únicamente el año pasado, a través de la Directiva de modernización (DM). Este cambio se limita a aumentar la eficacia de las sanciones impuestas por la DCAC y a facilitar la determinación del carácter abusivo en los Estados miembros.

El presente estudio tiene por objeto proponer medidas que eleven la eficacia del marco de la DCAC en la prestación de servicios digitales. A tal efecto, el estudio presenta una visión general de las cláusulas encontradas que utilizan habitualmente los proveedores de servicios digitales, y evalúa si pueden causar un desequilibrio significativo, contrario a la buena fe, en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento de los consumidores. Cuando tal es de hecho el caso, dichas cláusulas podrían considerarse abusivas. Esta evaluación se lleva a cabo sobre la base de la revisión de la bibliografía académica, la jurisprudencia, diversos documentos sobre políticas, noticias en las que se informa de problemas de los consumidores con distintos proveedores de servicios digitales, así como el estudio de las cláusulas reales de determinados PSD seleccionados.

Conclusiones principales

El estudio presenta una visión general de las cláusulas que suelen utilizar los PSD. Pone de relieve que muchas de estas cláusulas pueden causar en efecto un desequilibrio significativo, contrario a la buena fe, en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento de los consumidores. Además, el estudio llama la atención respecto al hecho de que la evaluación del carácter abusivo puede verse dificultada actualmente debido a: 1) que el marco de la DCAC se ha adoptado de manera diferente en los Estados miembros, ya que se trata de una Directiva de armonización mínima; 2) que no se mencionan las prácticas en línea en el preámbulo a la DCAC ni el modo en que podrían aplicarse sus cláusulas generales a tales prácticas; 3) que figura una lista únicamente indicativa de posibles cláusulas abusivas en el anexo a la DCAC; 4) que la lista de posibles cláusulas abusivas no aborda problemas que suelen darse en el ámbito digital.

Entre las cláusulas problemáticas se encuentran las que tienen el objeto o el efecto de:

- inducir a error a los consumidores respecto a la naturaleza del contrato y los derechos legales que se derivan del mismo (por ejemplo, las cláusulas que sugieran que: el contrato se celebra para la provisión de contenidos digitales en lugar de para la prestación de servicios digitales; un PSD actúa a título no profesional; el marco de protección de los consumidores no es de aplicación);
- permitir que los PSD retengan los datos personales recogidos cuando los consumidores no celebren un contrato o el PSD resuelva el mismo, o permitir que los PSD recaben más datos personales durante toda la ejecución del contrato que los que las partes acordaron originalmente, sin que el PSD notifique a los consumidores la modificación del contrato ni les dé la opción de resolverlo;
- crear la impresión de que los servicios digitales se prestan de forma gratuita, cuando los consumidores pagan por el servicio con sus datos personales, su tiempo o su atención;
- evitar que los consumidores se abstengan de su cumplimiento;
- eximir de responsabilidad a los PSD: 1) en relación con los daños causados a los consumidores por cualquier contenido ilegal publicado en el sitio web del PSD, si este fue informado de dicho contenido y no lo retiró en un plazo razonable, transcurrido el cual se ha producido el daño; 2) por los daños a los consumidores causados de manera deliberada o por negligencia grave; 3) creando la impresión de que los servicios se prestan «tal cual»;

- permitir que los PSD modifiquen las cláusulas, incluido el precio, cuando el contrato no proporcione un motivo válido para tal modificación o el PSD no haya informado a los consumidores del cambio con una notificación razonable antes de que se aplicara el cambio, o el consumidor no haya sido informado sobre la opción de resolver el contrato después de haber sido informado del cambio y no se le haya dado un plazo razonable para tal resolución;
- obstaculizar el uso del derecho de desistimiento por parte de los consumidores;
- otorgar a los PSD un derecho unilateral a suspender la ejecución de un contrato o a resolverlo cuando el comportamiento del consumidor no justifique objetivamente tales actuaciones;
- impedir que los PSD pongan los datos a disposición de los consumidores tras la resolución del contrato, en un plazo razonable después de que el consumidor haya solicitado tal resolución;
- prohibir o penalizar las reseñas negativas;
- impedir que los consumidores puedan dirigirse a un punto de contacto humano para plantear sus quejas y preguntas;
- vulnerar los derechos de los consumidores y los principios de protección de datos derivados del RGPD;
- generar una impresión en los consumidores de que su derecho a procurar la ejecución judicial de sus derechos se encuentra limitado o incluso excluido (p. ej., mediante la exigencia de arbitraje; estableciendo exenciones respecto al Reglamento de Bruselas I (refundido); informando erróneamente a los consumidores sobre su derecho a invocar la protección obligatoria de los consumidores del país de su residencia);
- discriminar a los consumidores como resultado de la personalización de tales cláusulas;
- limitar o excluir el acceso a los servicios digitales si los consumidores no otorgan un consentimiento explícito respecto a la puesta en común de datos personales en una medida que exceda de lo necesario para la prestación de un servicio digital, incluso como contraprestación por la provisión de servicios digitales;
- proporcionar a los PSD una licencia para utilizar el contenido generado por el usuario, a menos que tal licencia se haya comunicado específicamente a los consumidores en el momento de la celebración del contrato y haya sido aceptada de manera individual, separada y explícita por los consumidores; y
- constituir una cláusula de no superviviente.

En el estudio profundizamos en cada uno de estos tipos de cláusulas y justificamos por qué pueden considerarse siempre o casi siempre abusivas en los contratos con consumidores. En el siguiente apartado presentamos nuestras recomendaciones sobre cómo podrían protegerse los consumidores frente a dichas cláusulas redactadas por los PSD.

Es importante señalar aquí que el estudio pone de relieve que el desequilibrio contractual en línea no se subsanará simplemente modificando la DCAC. No obstante, concluimos que el refuerzo de la eficacia del marco de la DCAC podría lograrse, pero solo mediante la revisión simultánea de la Directiva, así como el ajuste de ciertas obligaciones de los PSD en otras leyes de protección de los consumidores de la UE, como en la DDC o en la próxima Ley de servicios digitales.

Recomendaciones

En el presente estudio, recomendamos que la lista indicativa actual de posibles cláusulas abusivas se convierta en una lista negra de cláusulas que, en todas las circunstancias, deben considerarse abusivas si se incluyen en un contrato entre un consumidor y un PSD. De este modo se proporcionará una mejor protección de los consumidores, se ofrecerá más seguridad jurídica a los PSD y se ayudará a crear unas condiciones de competencia equitativas entre los PSD.

Además, hemos identificado varias cláusulas, enumeradas en el apartado de conclusiones principales, que utilizan actualmente los PSD y que, en nuestra opinión, son siempre o casi siempre abusivas cuando se emplean en contratos celebrados con consumidores, pero que no se reflejan en la lista indicativa actual o que solo

pueden vincularse indirectamente las cláusulas consignadas en dicha lista. Recomendamos que estas cláusulas se incluyan en una lista negra de cláusulas prohibidas o en una lista gris de cláusulas presuntamente abusivas si se utilizan en un contrato con un PSD. La conveniencia o no de que estas listas se apliquen también a otros proveedores de servicios que no sean PSD u otros operadores en línea es, lógicamente, un asunto para el debate político, pero no se analiza en este estudio. También recomendamos reforzar la sanción por el uso por parte de PSD de cláusulas incluidas en listas negras, agregando un apartado al artículo 6 de la DCAC. Este apartado deberá establecer que, cuando un PSD haya utilizado una cláusula incluida en una lista negra, los tribunales podrán resolver el contrato en su totalidad si esta sanción resulta más ventajosa para el consumidor que limitarse a eliminar la cláusula abusiva del contrato.

Una tercera serie de recomendaciones se refiere a la celebración de contratos y la incorporación de cláusulas y condiciones. En primer lugar, recomendamos que se reelabore el artículo 1, letra i) del anexo a la DCAC con el fin de mencionar explícitamente que colocar un hipervínculo a cláusulas y condiciones en algún lugar del sitio web del PSD no basta para ofrecer a los consumidores una «oportunidad real» de familiarizarse con tales cláusulas y condiciones antes de la celebración del contrato. En cambio, debería obligarse a los PSD a llamar la atención de los consumidores respecto a tal hipervínculo, y deberían asumir la carga de la prueba de que tal llamada de atención, en efecto, se ha producido. En consecuencia, podría presumirse que la divulgación de cláusulas y condiciones a través de un hipervínculo, sin que el consumidor tenga que marcar una casilla o tenga que expresar su consentimiento explícitamente de otro modo, no es transparente. Se trataría de una presunción refutable.

En segundo lugar, recomendamos adoptar una prohibición explícita de que los contratos se celebren mediante la concesión por los consumidores de un consentimiento tácito en línea, lo que impediría que los PSD se sirvan de contratos como los de *browse-wrap* (aceptación de las cláusulas mediante la mera navegación). Esto se conseguirá si los PSD están obligados a informar de manera explícita y clara a los consumidores de que su acción dará lugar a la celebración del contrato, antes de que se produzca dicha acción, y a solicitar el consentimiento explícito del consumidor en ese momento para la celebración del contrato. El consentimiento solo podría ser válido si los consumidores tuvieran la oportunidad real de leer las cláusulas y condiciones del contrato, antes de dar su consentimiento.

En tercer lugar, recomendamos obligar a los PSD a promover la transparencia de las cláusulas y las condiciones en línea, de las normas de protección de los consumidores obligatorias, y de la aplicación de mecanismos de toma de decisiones automatizados. Estas obligaciones de información podrían añadirse a la próxima Ley de servicios digitales, o podría considerarse una revisión ulterior de la DDC.

Por último, sugerimos la introducción a escala de la UE de normas por defecto relativas a la limitación del almacenamiento de datos para los PSD. Tales normas exigirían que los PSD eliminaran los datos recabados de los consumidores en un plazo razonable a partir del momento en que tales datos resulten innecesarios para la prestación de sus servicios. No regular esta cuestión a escala de la UE dará lugar probablemente a la adopción de plazos diferentes por parte de los Estados miembros, lo que contribuirá adicionalmente a la inseguridad jurídica existente en el mercado de la prestación de servicios digitales. Además, si los Estados miembros no adoptan dichas normas y las cláusulas contractuales que no imponen plazos al almacenamiento de datos o que prolongan tales plazos injustificadamente se consideran abusivas, la anulación de tales cláusulas tendrá consecuencias perjudiciales para los consumidores.

Exención de responsabilidad y derechos de autor. Las opiniones expuestas son responsabilidad exclusiva de los autores y no reflejan necesariamente la posición del Parlamento Europeo. Se autoriza la reproducción y la traducción con fines no comerciales, a condición de que se indique la fuente, se informe previamente al Parlamento Europeo y se le envíe un ejemplar de la publicación. © Unión Europea, 2023. ©

Autores externos: Prof Marco LOOS, Dr Joasia LUZAK

Administrador responsable: Giorgio MUSSA

Asistente editorial: Christina KATSARA

Contacto: poldep-citizens@europarl.europa.eu

El presente documento se encuentra disponible en Internet en: www.europarl.europa.eu/supporting-analyses

Versión impresa ISBN 978-92-846-8007-8 | doi: 10.2861/855026 | QA-08-21-085-ES-C

PDF ISBN 978-92-846-7995-9 | doi: 10.2861/551 | QA-08-21-085-ES-N